Cu.l. 47. 549

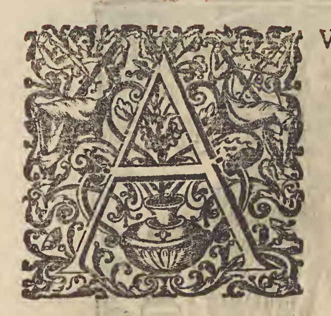


POR
Dª LEONOR
DE GVZMAN, MAR-
quesa de Almenara.

(✱) EN EL PLEYTO. (✱)

CON DON IVAN IGNACIO FERNANDEZ
Portocarrero.

En Granada. *En la Imprenta Real.* Por Francisco San-
chez. *A la entrada de la Calle de Elvira, en la calleja
del Correo viejo. Año de 1652.*



VIENDO GANADO en esta Corte D. Ines Maria Portocarrero, y doña Leonor de Guzman su madre, como su tutora, executoria de alimentos contra el Conde de Palma su hijo, y hermano, en que saliò cōdenado como posseedor de la casa y mayorazgo de Palma, a q̄ diesse y pagasse en cada vn año quatrocientos ducados para sus alimentos a la dicha doña Ines: muerto ya el dicho Conde, y auiendo sucedido en su casa don Luys Andres Fernandez Portocarrero, que oy lo es de aquella villa, siendo ya su tutora, asimismo la dicha doña Leonor de Guzman su abuela, y siendolo juntamente de la dicha doña Ines Portocarrero su hija, diò poder por si, y como tutora de ambos, su nieto y hija a don Domingo Pimentel, Obispo de Cordoua, para que efetuasse el casamiento que estaua tratado con don Iuan Ignacio Portocarrero, y prometiesse la cantidad de dote que le pareciesse, obligandose por si, y como tal tutora de las dichos su hija y nieto, a que se cumplirà, satisfarà, y pagarà en todo y por todo.

2 ¶ Y vsando deste poder el Obispo, y haziendo relacion de los poderes, y de lo que se le auia cometido, y diziendo, que por cartas misiuas y memoriales se le auia consultado, ofreciò en dote al dicho don Iuan Ignacio Portocarrero treynta mil ducados, los diez que auian de pagarsele en dineros y joyas, como con efecto se le han pagado, y los veynte que le corresponden en seyscientos ducados de renta en vn censo que la misma doña Leonor de Guzman tiene cōtra la casa de la Algaua, y los quatrocientos restantes en los bienes y rentas del mayorazgo, y casa de Palma, para cuyo efeto, como tutora del dicho Conde su nieto, diò cession y poder en causa propria contra sus bienes, rentas, inquilinos, y Mayordomos, substituyendo en su lugar al dicho don Iuan Ignacio.

Esto

3 ¶ Esto supuesto, parece, que dō Iuan Ignacio Portocarrero pidiò en la Sala donde passò el pleyto de alimentos, que se le despachasse la executoria de ellos, y se le hiziesse pago de dos años que se le deuian hasta diez y nueue de Nouiembre de mil y seyscientos y cincuenta y vno, y con las diligencias que se hizieron para cobrarlos se le pagaron con efecto en veynte y quatro dias del mesmo mes de Nouiembre, y su mādatario con poder suyo otorgò carta de pago haziendo esta relacion, y diziendo, que son de los capitulados, y de dos años de alimentos que cumplen el dia diez y nueue del dicho mes y año, y que tocan a la dicha doña Ines Maria Portocarrero, muger de don Ignacio.

4 ¶ Al mismo tiempo que se hazian diligencias en la Sala para cobrar otros ochocientos ducados, y callando este litigio y pretension deduzida en el, se acudiò ante el señor don Ceferino Tomas por parte de don Iuan Ignacio, y presentando la escritura que auemos referido, pidiò que se le despachasse mādamiento de execucion por seyscientos ducados de año y medio de los quatrocientos en cada vno, que auian corrido hasta entonces, desde el dia que el matrimonio tuuo efecto, y se despachò mandamiento y requisitoria de execucion, y se trauò en bienes de la Marquesa, que se ha opuesto a ella, y pretende, que ha de reuocarse, dandole por libre, y condenando en costas a don Iuan Ignacio.

5 ¶ Porque de la escritura consta, que estos quatrocientos ducados que se piden se consignarō en el Estado, casa y rentas de Palma, y que la Marquesa solamente se obligò a la euiccion y saneamiento, vt patet, ibi: *Obligò los bienes y rentas de sus Señorias la dicha señora Marquesa, y Conde, a la euiccion y saneamiento de los dichos IIIJ. ducados en cada vn año.* Et ibi: *O le pagarà de sus proprios bienes la cantidad que el dicho señor don Iuan huuiere de cobrar, ò le saliere incierta, y se le ha de poder executar a la señora Marquesa, constando con declaracion del dicho señor don Iuan, ò de quien su poder, ò derecho huuiere, con juramento, ò sin el, la cantidad que se le deuiere,*

y que

y que no hā podido cobrar. Y esta cantidad, ò condicion no ha precedido, ni don Iuan Ignacio ha jurado que no ha podido cobrar del Estado de Palma, ni ha hecho la execucion, ò diligencias que se requeria, ni este juramento, ò declaracion se pudiera hazer, ni se ha hecho por su Procurador. siendo como es personalissimo. Vnde, siendo el instrumento condicional, respeto de doña Leonor, para cobrar dellas esta cantidad, deprehenditur ex verbo illo, *constando*; y de las demas que dexamos referidas, ni pudo mandarse executar, ex l. 35. tit. 4. lib. 3. Recop. Y la excepcion que se le opone, que ex ventre illius instrumenti oritur, es de la via executiua, y neçessariamente se ha de admitir en ella.

6 ¶ Y porque aunque la ley quingenta, ff. de probationibus, prueua, que quãdo se dexa vna mesma cantidad en diferentes escrituras, se entiende dexarse duplicada, Mascardo de probationibus, conclusion. 1258. Farin. decis. tom. 2. decis. 425. Menoch. de arbitrarijs, casu 213. nu. 11. cum sequentib. Craueta consilio 282. nu. 2. Bart, Ias. & Alex. in l. triticũ, ff. de verb. signification.

7 ¶ Esta regla general se limita en algunos casos que referiremos por fundamentos indubitables de la justicia de la Marquesa, y el Conde su nieto.

8 ¶ Lo primero, quando, como la misma ley dize, poniendo esta por excepcion de la regla, que propone la persona contra quien se pide, prueua que no fue el intento de quien la mandò dexarla duplicada, y que lo tuuo solamente de que lo pagasse vna vez, vt patet ex illis verbis: *Refert duplicare legatũ voluerit*, iũctis illis: *Et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit hæres, posteriorem innanem esse: ipse hæres id ad probare iudici debet.*

9 ¶ Limitacion que se ajusta a los terminos del pleyto, pues se ha verificado concluyenteme con mucho numero de testigos por parte de la Marquesa, siete en la sumaria ante la justicia de Palma, quando se contradixo el cumplimiento de la requisitoria, que aora se han ratificado en el termino de los

diez

diez dias de la ley, y otros que de nueuo se presentaron en el que escriuiò a el Obispo de Cordoua, y tratò y confiriò con el Marques de Villanueua del Fresno, y Barcarrota, y con don Iuan Ignacio Portocarrero, su hijo primogenito, que los quatrocientos ducados que se auian de pagar en cada vn año al susodicho por el Conde de Palma, y los posseedores de su casa y mayorazgo, eran los mismos que doña Ines Portocarrero su muger pretendia cobrar en virtud de la carta executoria de alimẽtos. A q̃ se añade el testimonio q̃ assimismo se ha presentado del escriuano ante quiẽ se entregarõ a dõ Iuã Ignacio las escrituras, ò recaudos con que auia de cobrar la dote que se le prometiò, que afirma, que se le diò la executoria de los alimentos, para que con ella cobrasse estos quatrociẽtos ducados de la escritura de capitulaciones, por ser vna misma cantidad, a que se ha de estar, ex cap. ad Audientiam, de præscript.

10 ¶ Y aunque algunos de los testigos son criados de la Marquesa, muchos dellos no lo son, siẽdo cierto, que quando esto se huuiera de atender, el defeto de vn testigo se suple por la idoneidad de los otros, vt resolvunt Farinac. de testibus quæst. 49. num. 540. & quæst. 62. num. 309. & 328. cum sequentib. & decis. 210. iuxta lib. 1. cõs. Afflict. decis. 400. col. 3. vers. *Nisi fuißet magnus*, Decio in cap. tertio loco, num. 53. de probat. Bertazol. cons. 45. num. 28. Anton. Faber desinit. 27. lib. 4. tit. 15. in Cod. Fabrian. Bald. in l. 2. C. de testibus, num. 3. Camillo de Larata cons. 114. num. 20.

11 ¶ Y que los criados de señora de tanta calidad y Christiandad como la Marquesa, lo sean idoneos para deponer en pleytos suyos, se prueua, argumento l. ad inbidiam, C. de his quæ vi, cap. 1. si de imbestitura inter dominum, & vassallum lis oriatur, tradũt DD. & resolvit Farinac. de testibus, quæst. 55. num. 182. 192. & 203. Afflictis decis. 304. num. 9. Baldus in l. eos, C. de testibus, Alexand. cons. 88. num. 16. lib. 5. Gratianus disceptat. forens. 3. part. cap. 597. num. 8. *Maximè quando tales domini reputantur tales, vt non esset verosimile, quod inferrent minarum fervorem testibus, & sub diuisione*

 ne

ne vt falsum deponerent, Farinac. tom. 1. in nouissimis decis. 147. num. 25. & opponitur quod sunt famuli Marchionissæ. sed nihilominus admitti debent famuli illustrissimæ personæ, Romano cons. 420.

12 ¶ Especialmente quando, como en este caso, se ha hecho articulo, y està verificada la buena fama de los testigos, vt in cap. in literis, de testibus, vers. *Nisi probatæ essent vitæ, & oppinionis, de quibus verisimile non esset, quod deberent pro aliquo deierare,* & tradunt DD. in l. 41. Taur. occasione illorum verborum, *que los testigos sean de buena fama,* & in cap. dudum, de præsumptionibus.

13 ¶ Eo maximè considerando, que hechos semejantes no pueden verificarse con otros testigos que los domesticos, que son los que deuen y pueden tener noticia de ellos: argum. textus in cap. 5. & 6. de præsumpt.

14 ¶ Præcipuè si se atiende a que no se ha hecho otra prouança contraria a esta de la Marquesa, con que es preciso que se determine el pleyto por ella, vt in cap. tertio loco. 5. de probationibus. *Sed quoniam contra hoc pars adversa, nihil probauit. Respondemus secundum assertionem testium esse iudicandum.*

15 ¶ Y mucho mas siendo tantos testigos en numero los que concluyen este hecho; quo in casu hazen concluyente prouança, atendiendo, a que lo que dizē los Doctores, que los testigos menos idoneos, y que padecen defectos no prueuan, procede quando son dos, ò tres solamente, y los que precisamente se requieren para verificar algun hecho, vt in cap. in omni negotio, de testibus: non verò quando, como en este caso, se han presentado tantos que contestan en sus deposiciones; tùnc enim no puede dudarse que estè verificado con ellos, vt resolvunt.

16 ¶ Vltra de que aunque algunos han sido criados, ya no lo son, y esto basta para que sean testigos idoneos, Bart. in l. 1. §. idem, ff. de quæstionibus.

17 ¶ Lo segundo, porque la ley quingenta, ff. de probationibus, procede quando vna persona se obliga a pagar a otra la misma cantidad en dos diferentes

rentes

 55

rentes escrituras, vnde no puede aplicarse a los terminos deste pleyto, en q̃ ni la Marquesa de Almenara, ni el Conde de Palma, su nieto, otorgarõ ambos los instrumentos voluntariamẽte, en cuya virtud se les pretende executar, ni la promessa de dote se hizo a doña Ines Maria Portocarrero, sed potius, por ella, y su madre, y tutora, en su nõbre se prometieron quatrocientos ducados, que eran los mismos de que tenia executoria contra la casa y Estado de Palma, consignando la paga en el, y assegurandola a don Iuan Ignacio Portocarrero, que fue la persona a quien se adquiriò la obligacion para cobrarlos, a quien principalmente se hizo la promessa, vt in l. si pater 5. C. de dotis promissione verb. *Si pater marito tuo dotem stipulanti promisserit nõ tibi, sed marito tuo contra successores soceri competit actio*, l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de condit. & demonstrat. verb. *Sed quia non tantum mulieri sed Titio, quoque cui perveniant legauit, consultum videtur, propè est vt ipse legatarius intelligatur, & legatum petere debet.* Fontanela de pact. nupt. 2. tom. claus. 6. glos. 1. ex num. 1. Faquineus lib. 8. controuers. cap 73. Cuiacius in l. 69. § si testator, ff. de leg. 1. & lib. 17. quæstionum Papiniani, ad l. 71. §. Titio genero, de condit. & demonst.

18 ¶ Y en este caso de auer prometido la dote doña Leonor de Guzman por su hija legitima, de quien era tutora, que se entendiesse que mandaua en dote la cantidad que prometiò de los bienes de la hija, ò pupila, y no de los propios, probant iura in l. 8. & 9. titulo 12. part 4. verb. *Costreñir, ni apremiar, non deuen a la madre que dote a la fija.* Et iterùm, ibi: *Otro si qualquier ome que tenga en su poderio, ò en su guarda, in notis illis verbis, puedenlo apremiar que la case, è que le establezca dote, segun fuere la riqueza que auia ella.*

19 ¶ Vnde la l. fin. C. de dotis promissione, que prueua, que si dota el padre a su hija a quien tiene en su patria potestad, se entiende, que se promete el dote de sus bienes propios, y no de

los

los de la hija, aunque ella tenga algunos adventicios, ò adquiridos en otra qualquier forma, procede solamente en el padre, y no en la madre, ni abuelo, ni los demas ascendieutes, como por ella misma se manifiesta, Anton. Gomez in l. 52. Tauri num. 23. vers. *Quod tamen limita, & intellige*, Surd. de alimentis, tit. 6. quæst. 8. num. 48.

20 ¶ Y procede esto con menos duda quando como en este caso se declarò que daua esta dote la Marquesa, como tutora de su hija; titulo de que quiso vsar haziendo mencion del, para dar en dote los bienes que tenia de ella, y administraua, a don Iuan Ignacio Portocarrero; y no teniendo otros mas que los quatrocientos ducados de la executoria de alimentos, dando esto en dote, y haziendo mencion de que era tutora de su hija, es preciso entender que se refiriò a ellos, pues aliàs no era necessario dezir que daua la dote como su tutora, si se entendiera que la prometia toda enteramente de sus bienes: argument. textus in l. 1. §. &vt plenius, C. de rei vxoriç action. verb. *Sine ipse principalis.*

21 ¶ Principalmente considerando, que hizo este ofrecimiento de dote como tutora de el Conde de Palma, su nieto, que es quien auia de pagar, conforme a la executoria, los mismos quatrocientos ducados que la dicha doña Ines Portocarrero no auia de cobrar del, y de su casa y mayorazgo en cada vn año, y estos le asegurò a don Iuan Ignacio, como madre y tutora de su hija. Cō que indubitablemente se conoce que eran vnos mismos, y no duplicada cantidad, siquidem, vna determinatio respiciens plura determinabilia pariformiter debet ea determinare, vt in l. iam hoc iure, ff de vulgari, Gutierrez practicar. quęstionum, lib. 1. quæst. 17. num. 15.

22 ¶ Ni se ha de entender que fueron quatrocientos ducados los que se deuian a doña Ines Maria por su executoria, y otros quatrocientos mas los que prometian a don Iuan Ignacio

su

su marido en contemplacion de ellas, y del matrimonio que auian de contraer, sed potius, vna cantidad misma: argum.textus in l.si quis ita 38. l.stipulatio ista, l.eum, qui ita 56. ibi : *Eum, qui ita dicat mihi decem, & tibi decem, eadem decem, & non alia decem, dicere credendum est*, l.Titio 11. ff.de verbor. obligat. paßsio legum conciliatarum, centur.6. quæst.11.

23 ¶ Y la causa de no auerse especificado cõ mayor claridad en la misma escritura de capitulaciones, fue por auerse otorgado en virtud de vn poder general, en que no se diò instruccion alguna al Obispo de Cordoua de lo que auia de obrar, dexandolo todo a su arbitrio: y porque se dudara aßsimismo, si la executoria de alimentos, ganada contra el Conde, hermano de doña Ynes Maria, auia de entenderse, ò no contra el que oy es, se puso la clausula de que auia de impetrarse facultad de su Magestad, para que en todo acontecimiento se asseguraſſe la cobrança de estos quatrocientos ducados.

24 ¶ Y aunque parece, que teniendo executoria doña Ynes Maria Portocarrero para que se le pagassen estos alimentos, no era necessario que el Cõde de Palma su sobrino, ni su tutora en su nombre, los ofreciesse. Se deue advertir, que la carta executoria no condena expressamente al mayorazgo y casa de Palma, y a los bienes en que consiste en estos quatrocientos ducados de alimentos, aunque la demanda que se puso por ellos lo comprehendia. Sed tantum se dixo, que se condenaua al Conde don Luys, hermano de doña Ynes, como posseedor del, a que se los pagasse. Vnde se podia pretender, que pues se concluyò que se cõdenasse a el Estado, y no saliò condenacion contra el, expressamente se auia denegado, vt in l.cum Pretor, ff. de iudicijs, Surdo cons.467 num.5, & 6.

25 ¶ O por lo menos que era este caso omitido, que auia de quedar en la disposicion del derecho comun, vt in l.commodisime, ff.de liberis & posthumis.

26 ¶ Præcipuè siendo las sentencias stricti iuris, y no deuiendo inferirse dellas mas de lo que ex-

 pressa-

pressamente determinan, vt in l. si quis à liberis 7. §. 1. ff. de liberis agnoscendis, vers. *Neque enim hoc pronuntiatum*, l. 1. C. si plures vna sententia condemnati fuerint, Salgado de Regia protectione 4. part. cap. 14. num. 137.

27 ¶ Vnde siendo como es resolucion cierta, que aunque los hermanos deuen alimentos a sus hermanas, vt in l. Mutus, ff. de iure dotium, no los deuen los sobrinos a las tias, neque èconverso, vt testantur cum pluribus Dom. Larrea decis. Granatens. disputat. 47. per totam, Dom. Salgad. in labyrinth. creditorum, part. 1. cap. 24. ex num. 152. Giurba decis. 5.

28 ¶ Para quitar esta duda, y que se entendiesse que la paga de los quatrocientos ducados de alimentos de la executoria auia de ser cierta, bolvieron a prometerse de nueuo por el Conde de Palma, y doña Leonor de Guzman su abuela, como su tutora, vt in l. 1. §. ædiles, ff. de ædilit. edict. ibi: *Puto ædiles tollendæ, dubitationis causa bis idem dixisse, ne aliqua dubitatio superesset*, l. periculis 35. §. labeo, ff. de auro & argent. legat. ibi: *Sed non mutauit substantiam rerum, non necessaria verborum multiplicatio.*

29 ¶ Vltra de que para don Iuan Ignacio siempre fue preciso hazer mencion de los quatrocientos ducados de la executoria, pues aliàs no se le dieran, ni el pudiera tenerlos, ni cobrarlos como dotales, si expressamẽte no se le prometieran, pues de otra manera fuera extradotales de doña Ynes Maria su muger, y quedaran en su dominio, y ella con accion y derecho a cobrarlos, sin que passaran a su marido, ex tra ditis ab Antonio Gomez in l. 51. Taur. num. 17. cum alijs, & argum. textus in l. nulla lege prohibitum est, C. de iure dotium.

30 ¶ Ni es verosimil, que quando doña Leonor de Guzman, y el Obispo de Cordoua en su nombre, tratauan de efetuar este casamiento, y de prometer la mayor dote que pudiessen, y dar a entender que seria la paga della efectiua, y podria pagarse por auer bienes de adonde satisfazerla, auian de quedar omitidos

dos los quatrocientos ducados, de que tenia executoria doña Ines Maria contra su hermano, como posseedor del Estado de Palma, y segun ella pretende contra su sobrino, y su casa, y Estado mismo, sin darlos en dote, ni hazer mencion de que los tenia, y accion, y derecho para cobrarlos.

31 ¶ Et vtcumque sit haziendose esta promessa de dote, como ya advertimos, a don Iuã Ignacio, persona diferente que doña Ines, en cuya cabeça se ganò, aunque fuesse su mismo padre y suegro quien la prometia, se deuia entẽder que era la misma, y todos vnos quatrocientos ducados, y no ochocientos, vt probat expressus textus in l. cum pater 30. ff. de iure dotium, ibi: *Quod si filiæ leganit valet legatum, dos enim ex promissione marito debetur, & legatum filiæ, & si quidem hoc animo testatorem esse filia ostenderit, vt duplicaret ei legatum: habebit vtrùmque, & dotem quam maritus consecutus fuerit, & legatum ex causa legati: quod si alterutrum voluerit habere si mulier legatum petat apposita doli exceptione non aliàs cogetur ei hæres legatum soluere, quam si cauerit indemnem hoc nomine heredem futurum adversus maritum ex promissione agẽtem, sed si maritus agat nihil de indemnitate cauere cum oportebit verùm mulier post eum agens exceptione repelletur, quia semel dos præstita est*, l. huiusmodi 86. §. cũ pater, ff. de legatis. 1. ibi: *Cum pater pro filia sua dotis nomine centum promisisset deinde eidem centum eidem legasset doli mali exceptione hæres tutus erit, si & generi ex promissione, & puella ex testamento agere instituerit. convenire enim inter eos oportet, vt alterutra actione contenti sint*, l. filia tua, C. de iure dotium.

32 ¶ Y deue advertirse, que aun procede esta resolucion en el padre, cuyo oficio y obligacion principal es, dotar a las hijas, y de quien en duda se presume queda la dote de sus bienes propios, y no de los de ellas, vt supra num. 19. com probatum extat: diferentemente que las madres. Vnde con mayor razon procederà en ellas; y se entenderà que en duda dotò la Marquesa a su hija de sus bienes mismos della, que tenia en su poedr, como

mo su tutora que era por causa necessaria, y no de cantidad propria, que era voluntaria, vt ex l. Arist. ff. de iure de liberandi, cum alijs pluribus comprobat Dom. Salgad. in laberynth. creditorum, part. 3. cap. 2. num. 154. Fontan. tom. 2. claus. 5. glos. 7. num. 1. Mastrillo part. 1. decis. 63. Thesaur. decis. 192. num. 8.

33 ¶ Imò considerando esta promessa de dote hecha por doña Leonor de Guzman, Marquesa de Almenara, de que el Conde su nieto pagaria estos 400. ducados, como de hecho ageno, aun no quedò ella por si obligada, vt in §. si quis alium Inst. de inutilib. stip. l. stipulatio ista 38. in principio, l. inter stipulantem 83. in pricipio, ff. de verb. oblig. l. cum qui 5. §. Iulianus in 2. vers. *Sed & si quis*, ff. de constituta pecunia, l. fluminum 24. §. quamquam, ff. de damno in fecto, l. sicut reus 66. ff. de fideius. quib. consonat. l. 11. tit. 11. part. 5. Socinus regula 401. Deccius consil. 313. Parisius cons. 110. num. 1. lib. 1. Conan. lib. 6. cap. 3. nu. 5. Anton. Gomez 2. tom. variar. cap. 10. num. 23. Couarr. in cap. quamvis pactum, 2. part. §. 5. per totum Didacus Perez in l. 8. tit. 8. lib. 3. ordinam Olanus in concord. iuris ciuilis, regij lit. P. num. 28. Matienç. in l. 2. glos. 6. & ibidem Azeued. ex nu. 41. tit. 16. lib. 3. Recop. Gutierrez de iuramento confirmatorio, 1. part. nu, 1. cap. 44.

34 ¶ Y mucho menos concibiendose las palabras del ofrecimiẽto impersonalmente, vt patet ex mandati verbis, ibi: *Y me obligo, y los obligo, a que se cumplirà, satisfarà, y pagarà en todo y por todo.* Auth. siquando, C. de constituta pecunia cui consonat, l. 2. & 3. tit. 11. part. 5. Anton. Gomez, variar. tom. 2. cap. 11. num. 7. vers. *Prima conclusio* Et verba illa: *Y me obligo, y los obligo*, se han de entẽder, distributiue, por la obligacion propria, y la de tutora, respectiuamẽte a las cantidades que como madre y como tutora de sus hijos ofrecia.

Y quando

35 ¶ Y quando quedara obligada por si la Marquesa, se auia de convenir en primero lugar al Conde, por ser la Duquesa como fiadora de indemnidad, vt deprehenditur ex relatis scripturæ verbis.

36 ¶ Y supuesto que la obligacion del Conde de Palma y su tutora fue con calidad de que auia de impetrar facultad de su Magestad, mientras esta no se conçede pueden justamente apartarse della, sin que pueda compelerseles a la paga, vt benè cùm pluribus resolvit Dom. Salgado in labyrinth. creditor. part. 2. cap. 21. num. 40.

37 ¶ Y como quiera que sea, auiendo pagado el Conde ochocientos ducados de dos años de alimentos, en que estan comprehendidos estos seyscientos porque se executa; con la paga hecha por el principal quedò la fiadora libre, aunque huuiera sido, simul correa debendi, y obligada juntamente, l. 2. & 3. ff. de duobus reis, §. ex huiusmodi. Instit. de duobus reis.

38 ¶ Imò no siendo obligacion precisa de la Marquesa la de dotar a su hija, vt ex l. fin. C. de dotis promissione legibus partitæ comprobauimus, no renunciando el Velleyano, ni pudo quedar obligada principal ni fideiussoriamente en esta escritura, ex l. frustra 2. C. ad Velleyanum, ibi: *Nisi principaliter ipsa.*

39 ¶ Y mucho mas diziendo la carta de pago de los ochocientos ducados expressamente, que son de *los capitulados* en esta escritura porque se executa.

40 ¶ Y aun con supuesto que se deuieran por el Conde quattrocientos ducados por la executoria de alimentos, y otros quatrocientos por la escritura de capitulaciones, pudo a el tiempo de la paga elegir la deuda que quisiesse, l. 1. ff. de solut. ibi: *In arbitrio solventis est dicere, quod potius debitum voluerit solutum*, Stephan. Gratian. disceptat. forens. cap. 224. per totũ, Tusch. conclus. 353. tom. 7. Ludouis. decis. 304. ibi Beltraminius.

41 ¶ Y la orden de la carta de pago que haze mencion primero *de los capitulados*, muestra que quiso pagar aquellos, vt in l. cum pater 79. §. à te peto ma-

rite, ibi: *Sed ordine scripturæ factam esse substitutionem respondi*, ff. de legat. 2. Lara de Capellanijs, cap. 4. Zauallos quæst. 265. à num. 18. Castillo lib. 1. cap. 67. num. 28.

42 ¶ Et quod magis est, esta carta de pago sin otra prouança, lo es concluyente de que son vnos mismos, y no duplicada cantidad, pues a los que llamò *capitulados* les diò nombre asimismo de dos años de alimentos, tomandolos en vna misma accepcion y sentido.

43 ¶ Y aunque fuesse mandatario quien hizo esta relacion pudo reconocer la buena fee, vt in l. cum tutor 41. ff. de administrat. tutor. Padilla in l. Præses, num. 41. C. de transactionibus.

44 ¶ Y se ha de estar a su confession mientras no se prueua con euidencia error que interviniesse en ella, cap. fin. de confessis, ibi: *Si de huiusmodi potuerit errore docere*. Y dan a entender lo mismo la l. certum, §. sed & an ipsos, ff. de confessis: porque aunque dize, que la confession del procurador solamente no basta, reconoce que obra mucho, y que junta con otros adminiculos, ò deposiciones de testigos, aunque no sean tantos como los de este pleyto, prueua concluyentemente, cap. 1. de confessis.

45 ¶ Y reconociendose la pretension de esta parte por tan justificada, aunque se mandò cumplir la requisitoria de execucion, se le reservò su derecho a salvo, para que en los diez dias de la ley, que era quando deuia oponerse, lo opusiesse, sin que entonces se presentasse la carta de pago que aora; y se deuiera atender que se reservaria, aunque expressamente no se dixesse, Addent. ad D. Molin. lib. 4. cap. 9. nu. 43. in fin.

46 ¶ Y auiendose presentado aora, se ha de reuocar la execucion, § superest. Instit. de perpetuis, & tempor. præscript. verbo, *superest vt admoneamus, quod si ante rem iudicatam is cum quo actum est satisfaciat Actori officio Iudicis convenit eum absolvere, licèt in ea causa fuisset Iudicis accepti tempore, vt damnari deberet quod anteà vulgo dicebatur omnia Iudicis absolutoria esse*, pues con la hecha por qualquiera de los deudores se libra a todos,

dos, §. ex huiusmodi. Inst. de duobus reis, Noguerol allegat. 12. à num. 40.

47 ¶ Con que juntamente concurre la inoficiossidad de la dote, cuya escritura se ha presentado a execucion. Pues teniendo la Marquesa otros tres herederos legitimos, y no mas bienes que el censo de veynte mil ducados contra la casa del Algaua, mandò treynta mil en dote a doña Ines Maria, y a don Iuan Ignacio Portocarrero, su marido.

48 ¶ Vnde, fue nulla por ser de todos los bienes, l. 69. Tauri, quæ est hodie, l. 8. tit. 10. lib. 5. Recopilat. Gouarr. lib. 3. variar. cap. 12. rerum. Dueñas regula 219 Parlad. resp. quotidianar. lib. 2. cap. 8. num. 2.

49 ¶ Y porque no se pueden mandar a las hijas mas que los que pueden tocarles por sus legitimas, y sin que tacita, ni expressamente queden mejoradas en tercio ni quinto, l. 1. tit. 2. lib. 4. Recop. l. 5. tit. 2. lib. 5. Recop. por las quales quedò corregida la l. 29 de Toro, segun la resolucion de los Doctores, que mas bien sienten, y amplia Parlad. different. 150. §. 3. per totum, aũ a los tios que en contemplacion de sus hermanas de partes de la muger, que se casan y les prometen dote inoficiosa. Y estando pendiente pleyto en razon de esta inoficiosidad, ò nulidad, no puede executarse la escritura, Anton. Amato resolut. 37. per totam.

50 ¶ Y es de la via executiua la excepcion que se le opone por ser de nulidad de contracto reprouado por leyes, l. 4. §. condẽnatum, ff. de re iudicata, l. 1. §. non quevis, ff. de bonor. possessione contra tabulas, Corneus cons. 296. num. 11. colum. 3. Alexand cons. 115. num. 10. colum. 7. Decius cons. 322. num. 3. Asinius de execution. cap. 29. num. 4. & 18. Boerio cons. 5. numer. 6. Zeuallos de cognit. per viam violentiæ, 2. part. quæst. 39. num. 14.

51 ¶ Y etiam, en vida de la Marquesa, que

que prometiò la dote, puede intentarse por sus hijos, como se ha intentado, y por la Marquesa misma, Baeça cap. 34. Gutierrez lib. 3. practicarum quæst. 41. Azeued. in l. 1. nu. 25. lib. 5. Recop. Matienç. in l. 3 tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 7. nu. 6. Angulo in l. 10. tit. 6. glos. 9. num. 2. Palaçios Rubios in l. 17. Tauri, num. 44.

52 ¶ Y procede en tanto grado esta resolucion, que ni aun con juraméto se confirma promessa de dote inoficiosa, Baeça cap. 29. de non meliorandis ratione dotis filiabus, num. 6. Azeuedo in dicta l. 1. num. 10.

53 ¶ Y la misma nulidad contiene esta escritura respecto del Conde de Palma, pues siendo como es menor, no pudo obligarse a pagar cantidad tan considerable como la de 400. ducados en cada vn año, si pretenden que son estos diferentes que los de la executoria, y duplicada cantidad, sin que interviniesse decreto de Iuez, y las demas solemnidades que requiere el titulo, ff. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt.

54 ¶ Y le compete restitucion contra ella, ex l. 1. C. si adversus donationem.

55 ¶ Y quando como en este caso es menor de catorze años, y no intervino el en la escritura, jurandola, ni otorgandola, procede esto con menos duda, pues la tutora por si no puede donar, ni enagenar los bienes de los pupilos, y solamente lo es quando mira por su vtilidad, y no quando los enagena, Quę sint dicta. Salva in omnibus, &c.

L. D. Pedro Calvo Ossorio.